Probleme bei der Erschleichung entgeltlicher Leistungen

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Philipp Held aus Regensburg

Approbiert am 7. 7. 1937.

Buchdruckerei Gebrüder Habbel GmbH. Regensburg

1937/288

Probleme bei der Erschleichung entgeltlicher Leistungen

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Philipp Held aus Regensburg

Approbiert am 7. 7. 1937.

Buchdruckerei Gebrüder Habbel GmbH. Regensburg

Referent: Univ.-Professor Dr. Köhler

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern
in Dankbarkeit

Übersicht

Seite

I. Einführung 9

II. Begriff der Erschleichung entgeltlicher Leistungen . . 10

III. War nach bisherigem Rechte eine Bestrafung wegen Erschleichung entgeltlicher Leistungen möglich? . . 13

IV. War trotz der Neugestaltung des § 2 StGB die Schaffung des § 265 a StGB noch notwendig? 15

V. Geschichte des § 265 a 17

VI. Subsidiäre Stellung des § 265 a 20

VII. § 265 a und sein Verhältnis zu den §§ 247, 248 a, 264 a und 263 Abs. 5 22

VIII. Strafbarer Versuch der Erschleichung entgeltlicher Leistungen 26

IX. Teilnahme an einem Vergehen nach § 265 a . . . 29

X. Rückfall bei Vergehen nach § 265 a 31

XI. Erschleichung entgeltlicher Leistungen und Hausfriedensbruch 32

XII. Schluß: Zusammenfassung und Überblick 34

Übersicht

Seite

I. Einführung 9

II. Begriff der Freschleichung entgeltlicher Leistungen . . 10

III. Wer nach bisherigem Rechte eine Bestrafung wegen Freschleichung entgeltlicher Leistungen möglich? . . 13

IV. War trotz der Neugestaltung des § 2 StGB die Schaffung des § 265 a StGB noch notwendig? 15

V. Geschichte des § 265 a 17

VI. Subsidiäre Stellung des § 265 a 20

VII. § 265 a und sein Verhältnis zu den §§ 247, 248 a, 264 a und 265 Abs. 5 22

VIII. Strafbarer Versuch der Freschleichung entgeltlicher Leistungen 26

IX. Teilnahme an einem Vergehen nach § 265 a . . . 29

X. Rückfall bei Vergehen nach § 265 a 31

XI. Freschleichung entgeltlicher Leistungen und Hausfriedensbruch 32

XII. Schluß: Zusammenfassung und Überblick 34

Literaturverzeichnis

Binding, Lehrbuch des Strafrechtes, bes. Teil. 2. Auflage. Leipzig 1904

R. Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 18. Auflage 1931

R. Frank, Nachtrag zur 18. Auflage. 1936

Gerland, Deutsches Strafrecht. Berlin-Leipzig 1932

Gürtner, Das kommende deutsche Strafrecht.

Köhler, Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Leipzig 1917

Mezger, Strafrecht. München-Leipzig 1931

v. Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechtes. 25. Aufl.

v. Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1927

v. Olshausen, Ergänzungsband zum Olsh. Kommentar von Dr. Freiesleben - Dr. Kirchner-Niethammer. 1936

Potesta, Die strafrechtliche Behandlung des blinden Passagiers. Diss. Erlangen 1933

Schwarz, Strafgesetzbuch. 3. neubearbeitete Auflage von 1935

Juristische Wochenschrift

Leipziger Kommentar. 4. Auflage

Entscheidungen des Reichsgerichtes in Strafsachen.

Probleme bei der Erschleichung entgeltlicher Leistungen.

I. Einführung.

Durch die Schaffung des § 265 a StGB wurde im Gesetz eine Lücke ausgefüllt, die schon immer spürbar war und die seit dem Urteil des RG (E. 68/65), das den Mißbrauch eines Münzfernsprechautomaten unbestraft ließ, besonders heftig empfunden wurde. Schon immer mußte die Rechtsprechung sich mit den Fällen des blinden Passagiers, des Schwarzbesuchers einer Veranstaltung oder Einrichtung und des Mißbrauchers von Leistungsautomaten befassen und in den meisten Fällen mußte der Täter ohne Bestrafung bleiben.

Das Deutsche Reichsstrafgesetzbuch ist so verallgemeinernd abgefaßt, daß seine Rechtsnormen einen möglichst großen Komplex konkreter Tatsachen umfassen. Das Gesetz ist daher auch verhältnismäßig übersichtlich, knapp und klar, da es, wenigstens in der Regel, nicht kasuistisch vorgehen und nicht allerlei nur unter besonderen Umständen mögliche Einzeltatbestände regeln will. Diese Tatsache hat Fälle gezeitigt, die wohl gegen die Grundgedanken eines Strafgesetzes verstießen, sich aber nicht derart präzisiert darstellen ließen, daß sie alle erforderlichen Tatbestandsmerkmale erfüllt hätten und sich damit in den Rahmen einer Gesetzesvorschrift hätten einfügen lassen. So mußte es zwangsläufig dazu kommen, daß nach dem früher geltenden Grundsatz „nulla poena sine lege" strafwürdige Handlungen ungestraft bleiben mußten, da sich eine Gesetzesverletzung in allen ihren Elementen nicht völlig nachweisen ließ. So gelagert war der Fall, in dem das Reichsgericht zu der oben erwähnten Entscheidung gekommen ist, die damals viel Staub aufgewirbelt hat und lebhaftest kritisiert wurde.

So kam es auch, daß eine Erschleichung einer entgeltlichen Leistung, die nach gesundem Volks- und Rechtsempfinden zu bestrafen gewesen wäre, früher des öfteren nicht mit Strafe belegt werden konnte, weil sie nicht voll den Tatbestand des Betruges oder Diebstahls erfüllt hatte.

Eine Bestrafung wegen Diebstahls war nur bei Warenautomaten möglich, bei Leistungsautomaten dagegen nicht, weil die erschlichene Leistung keine Sache ist. Wegen Betrugs konnte häufig nicht bestraft werden, da es meist unmöglich war, die Täuschung einer bestimmten Person nachzuweisen oder eine Bereicherungsabsicht oder Vermögensbeschädigung festzustellen.

Wenn jemand mit einer Fahrkarte 3. Klasse dolos in der 2. Klasse sitzt und dem durchgehenden Schaffner, der ihn sieht, nichts sagt, dann ist ein Grenzfall gegeben und es fragt sich, ob nun § 263 oder 265 a Anwendung finden muß. Es kommt hier m. E. auch nur darauf an, ob in dem durch den Zug gehenden Schaffner, der für die Verwirklichung des durch die Fahrt in der höheren Klasse bereits entstandenen Anspruches auf Nachzahlung zu sorgen hat, eine positiv falsche Vorstellung erweckt wird. Liegt diese Täuschungshandlung nicht vor, dann kann es auch keinen Betrug geben und es muß § 265 a Anwendung finden, da die Leistung — die Beförderung in der 2. Klasse — erschlichen wurde, in der Absicht, das erhöhte Entgelt hiefür nicht zu bezahlen, sondern nur das Entgelt für die billigere Beförderung in der 3. Klasse zu entrichten.

II. Begriff der Erschleichung entgeltlicher Leistungen.

Bei der Erschleichung entgeltlicher Leistungen besteht die strafbare Tätigkeit darin,

> „daß der Täter die Beförderung durch ein Verkehrsmittel, den Zutritt zu einer Veranstaltung oder Einrichtung, z. B. einer Badeanstalt, oder die Leistung eines Automaten erschleicht, ohne das dafür zu zahlende Entgelt zu entrichten".

So wurde schon in der Begründung zu § 347 des Entwurfes zu einem neuen Strafgesetzbuch von 1927 der Tatbestand der Erschleichung entgeltlicher Leistungen umrissen.

Gegenstand der Erschleichung sind entgeltliche Leistungen, und zwar zählt sie das Gesetz selbst auf.

1. Die Leistung eines Automaten.

Hier ist zu unterscheiden zwischen Waren- und Leistungsautomaten. Im ersteren Falle verschafft der Automat dem Benützer gegen das geleistete Entgelt Waren, wie etwa Lebensmittel, Zigarren, Postkarten oder Rollfilme und dergleichen mehr. Im zweiten Falle bewirkt der Automat nur eine Leistung, etwa die Herstellung einer Fernsprechverbindung, die Übermittlung von elektrischem Strom, Gas oder Wasser, bei einem Gewichtsautomaten die Angabe des Gewichtes der gewogenen Person oder Sache. Die Leistung eines Automaten kann jede vermögensrechtliche Zuwendung sein oder alles, was auch sonst Inhalt eines Schuldverhältnisses sein könnte.

2. Die Beförderung durch ein Verkehrsmittel.

Durch diese Bestimmung soll der blinde Passagier seiner verdienten Bestrafung zugeführt werden. Unter Beförderung im Sinne des Gesetzes ist daher nur die Beförderung von Personen zu verstehen.[1]) Als Verkehrsmittel gelten nicht nur die öffentlichen, sondern auch alle anderen, da die „Verkehrsmittel sich in öffentlicher oder privater Hand befinden können" (nach dem Gesetz vom 4. XII. 1934 über Personenbeförderung).

3. Zutritt zu einer Veranstaltung oder Einrichtung.

Eine Veranstaltung oder Einrichtung kann alles sein, was einer Vielheit von Personen entgeltlich zur Benützung oder Verwertung zugänglich gemacht wird. Einrichtungen in diesem Sinne sind daher z. B. Badeanstalten, Parks, Lesehallen, Museen oder ähnliches; Veranstaltungen sind Theater, Konzert, Kino, Zirkus, Wettkämpfe u. dgl.

Zu diesen Veranstaltungen oder Einrichtungen muß man sich den Zutritt verschaffen, man muß also dort selbst körperlich anwesend sein. Es genügt nicht, daß man einer Sportveranstaltung als Zaungast beiwohnt, daß man also von einem außerhalb des befriedeten Raumes der Veranstaltung liegenden Platze, etwa einem Hügel, aus der Veranstaltung zusieht. Auch

---

1) Ebenso Ergänzungsband zum Olshausenschen Komm. S. 247.

genügt es nicht, daß man sich als Schwarzhörer betätigt, indem man eine nicht genehmigte Rundfunkanlage betreibt; denn Schwarzhören ist kein Zutritt zu einer Veranstaltung; es ist selbständig nach § 15 des Gesetzes vom 14. I. 1928 strafbar.

Das Gesetz zielt aber nur auf entgeltliche Einrichtungen oder Veranstaltungen, wie auch nur auf die entgeltliche Beförderung. Wer sich also die nichtentgeltliche Beförderung durch ein Verkehrsmittel oder den Zutritt zu einer ihm zwar nicht zugänglichen, aber unentgeltlichen Veranstaltung erschleicht, macht sich nicht nach § 265 a strafbar, Eine Strafbarkeit einer solchen Handlung nach § 263, wenn eine Täuschungshandlung vorliegt und auch die übrigen Tatbestandsmerkmale des Betruges erfüllt sind, oder wegen Hausfriedensbruches nach § 123 kann trotzdem gegeben sein.

Die Erschleichung der Leistung muß eine vorsätzliche sein; der Täter muß also mit Wissen und Willen den Tatbestand der strafbaren Handlung verwirklichen. Die Untersuchung der Frage, ob der Täter die entgeltliche Leistung jeweils vorsätzlich erschlichen hat, bietet keine besondere Schwierigkeit; denn eine Erschleichung liegt nur dann vor, wenn der Täter durch sein Handeln erreichen will, daß er den Vorteil, für dessen Erlangung ein Entgelt vorgeschrieben ist, das von allen ehrlichen Leuten auch entrichtet wird, unentgeltlich oder für ein geringeres Entgelt erreicht. Der Täter will durch sein Verhalten diese seine Absicht verbergen und so in den Genuß des Vorteiles kommen.

> „Auch wer offen durch die Sperre geht, sich aber dabei so benimmt, als habe er das Eintrittsgeld entrichtet, erschleicht den Eintritt. Auch ein bloß passives Verhalten kann den Tatbestand des Erschleichens erfüllen; so fällt auch der Fahrgast der Straßenbahn unter die Strafdrohung, der sich entgegen einer bestehenden Verpflichtung nicht um die Erlangung eines Fahrscheines kümmert."[2])

Als weiteres subjektives Tatbestandsmerkmal verlangt das Gesetz die Absicht, das Entgelt für die Leistung nicht zu entrichten. Ein Vergehen nach § 265 a liegt also nicht erst dann vor, wenn der Täter das Entgelt nicht entrichtet hat, sondern schon dann, wenn er (natürlich beim Vorliegen aller anderen Tatbestandsmerkmale) die Absicht hatte, das Entgelt

[2]) Begründung zu § 347 des Entwurfes zu einem neuen StGB von 1927.

nicht zu entrichten. Ohne das Vorliegen der subjektiven Tatbestandsmerkmale wäre überhaupt keine Straftat gegeben.

Nach § 265 a kann nicht bestraft werden, wer unter Bezahlung des Eintrittgeldes sich eine Eintrittskarte zu einer Veranstaltung beschafft, die ihm an sich nicht zugänglich ist (z. B. ein Nichtmitglied der K. d. F. besucht eine K. d. F.-Veranstaltung). Es liegt hier gewiß ein Erschleichen des Zutritts zu einer Veranstaltung vor, das Erschleichen geschieht aber nicht in der Absicht, das Entgelt nicht zu entrichten.

Erschleicht sich jemand den entgeltlichen Zutritt zu einer Veranstaltung oder Einrichtung, die nur für Mitglieder eines Verbandes bestimmt ist, dem er nicht angehört, ohne zu zahlen, so liegt § 265 a StGB vor. (Ebenso Schwarz a. a. O. Anm. 2 B zu § 265 a.)

Erschleicht sich jemand den Zutritt, ohne zu bezahlen, weil er bei der Meldung vom Kassenführer zurückgewiesen wurde, dann ist § 265 a unanwendbar, da zwar der Vorsatz vorhanden ist, wie auch die Absicht im Sinne des dolus directus, nicht aber Absicht im engsten Sinne, den Eintrittspreis nicht zu entrichten. Es fehlt hier also an dem subjektiven Tatbestandsmerkmal der Absicht und es liegt somit keine Straftat nach § 265 a vor. Eine Bestrafung eines solchen Täters nach § 123 etwa wegen Hausfriedensbruches würde dem nicht entgegenstehen.

III. War nach bisherigem Rechte eine Bestrafung wegen Erschleichung entgeltlicher Leistungen möglich?

Die mißbräuchliche Benützung eines Automaten (zu unterscheiden von der gewaltsamen Öffnung eines Automaten) kann eine zweifache sein. Entweder vermittelt sie eine Leistung oder übergibt sie Waren. Die Benützung des Automaten könnte sich daher vielleicht als Diebstahl darstellen, doch scheitert diese Annahme bei Leistungsautomaten von vorneherein daran, daß die erschlichene Leistung keine Sache ist. Bei Warenautomaten hat die Rechtsprechung Diebstahl angenommen, da die erschlichene Leistung eine Ware, also eine Sache war. Sachen, die in einem Warenautomaten sich befinden, stehen in fremdem Gewahrsam, sie können daher durch Dritte

weggenommen werden und in einen neuen Gewahrsam gebracht werden.[3]) Die mißbräuchliche Benützung eines Automaten kann in der Regel keinen Betrug darstellen, da der Täter dabei weder eine Person täuschen will, noch wirklich täuscht.

Erschleicht jemand den Zutritt zu einer Veranstaltung oder Einrichtung, ohne sich dabei einer Täuschungshandlung schuldig zu machen, so begeht er ebenfalls keinen Betrug. Ein Betrug kann nur dann vorliegen, wenn der Täter eine Täuschungshandlung begeht, und andererseits auch eine Vermögensbeschädigung des Betrogenen gegeben ist, die auf einer Vermögensdisposition desselben beruht. Eine Vermögensbeschädigung ist aber wohl immer anzunehmen, da der Veranstalter seine Leistung (z. B. die Vorführung eines Filmes) bewirkt, er aber die verlangte Gegenleistung in bar, das Eintrittsgeld, auf die er einen Anspruch hat, nicht erhält und meist auch gar nicht erfährt, daß er einen Gegenleistungsanspruch gegen den Täter besitzt, da er annehmen mußte, daß dieser seine Gegenleistung schon bewirkt habe.

Der blinde Passagier kann nur dann wegen Betrugs belangt werden, wenn er irgendwie täuschend auf die (Gedanken der) Kontrollpersonen oder sonstwie Berechtigten einwirkt oder wenn er eine als unübertragbar bezeichnete Fahrkarte widerrechtlich benützt, nicht aber, wenn er sich einschleicht und in keiner Weise Kontrollpersonen täuscht oder zu täuschen versucht. In den meisten Fällen konnte der blinde Passagier wegen Hausfriedensbruches nach § 123 bestraft werden, auch dann, wenn das Betreten des Verkehrsmittels scheinbar mit dem Willen des Berechtigten erfolgte, etwa durch Vorzeigung einer als unübertragbar bezeichneten Rückfahrkarte, da dann dieser scheinbare Wille des Berechtigten erschlichen war. Eine Bestrafung wegen Hausfriedensbruches konnte aber nicht stattfinden, wenn das Verkehrsmittel noch nicht in den öffentlichen Dienst gestellt ist und erst eine Probefahrt macht. (Die blinden Passagiere bei den Zeppelin-Probefahrten.)

Zusammenfassend ist zu sagen, daß eine Bestrafung der Erschleichung entgeltlicher Leistungen bisher fast nicht möglich war. Bestrafung wegen Betruges mußte meist unterbleiben, da entweder die Täuschung einer be-

[3]) Vgl. Olshausen a. a. O., Anm. 18 zu § 242.

stimmten Person nicht nachgewiesen werden konnte, so wenig wie eine Bereicherungsabsicht oder eine Vermögensbeschädigung sich feststellen ließ.

Das Reichsgericht hat (in E 68/65) eine Bestrafung der Erschleichung der Leistung eines Münzfernsprechautomaten aus dem Elektrizitätsdiebstahlsgesetz abgelehnt, da das Geldstück kein Leiter sei, weil es nicht als stromleitender Bestandteil wirke.

IV. War trotz der Neugestaltung des § 2 StGB die Schaffung des § 265 a noch notwendig?

Die Erschleichung entgeltlicher Leistung kommt in vielen Fällen anderen Deliktstatbeständen nahe und es wäre somit doch ein leichtes gewesen, nach der Neufassung des § 2 eine Bestrafung des Täters etwa analog § 263 zu erreichen.

Für den Gesetzgeber mag als Hauptgrund dafür, daß er die Erschleichung entgeltlicher Leistungen als eigenen Deliktstatbestand herausgestellt hat, der Umstand gegolten haben, daß die Fälle der Erschleichung entgeltlicher Leistungen meist leichter geartet sind als die Betrugsfälle, bei denen jemand getäuscht wird. In den Entwürfen zu einem neuen Strafgesetzbuch hat sich die Erschleichung entgeltlicher Leistungen schon als typischer Tatbestand herausentwickelt. Der Gesetzgeber hat daher diesen Tatbestand nur mehr fest umschrieben, da er es nicht für angängig hielt, eine Bestrafung der Erschleichung entgeltlicher Leistungen nur nach Analogievorschriften zuzulassen. Eine Bestrafung nach Analogievorschriften kann nur immer eine behelfsmäßige sein und eine solche konnte bei der Vielheit der Fälle der Erschleichung entgeltlicher Leistungen nicht mehr genügen.

Falsch wäre es jedenfalls, zu glauben, daß die Schaffung des § 265 a durch die Aufhebung des Analogieverbotes überflüssig geworden sei, da bisher eine Bestrafung der Erschleichung entgeltlicher Leistungen nur wegen des bestehenden Analogieverbotes nicht möglich gewesen sei. Es hieße die Bedeutung des § 2 wesentlich überschätzen, wollte man annehmen, daß mit ihm alle etwaigen Probleme, die sich um die Fragen gruppieren, inwieweit

sich eine Straftat in den Rahmen eines Gesetzesparagraphen pressen lasse oder nicht, nun ohne weiteres zu lösen seien.[4])

> „Die entsprechende Anwendung auf Grund des § 2 soll in erster Linie dazu dienen, Handlungen, die unter kein Strafgesetz fallen, die aber nach gesundem Volksempfinden und nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes Bestrafung verdienen, im Interesse der Gerechtigkeit einer Bestrafung zuzuführen."[5])

Die entsprechende Anwendung auf Grund des § 2 soll und kann nur immer eine behelfsmäßige sein; ein Gesetzgeber aber, der auf eine Bereinigung aller Gesetzeslücken sieht, kann einen schon derart festgelegten Fall, wie den der Erschleichung entgeltlicher Leistungen, nicht von vorneherein einer dauernden Analogieanwendung überlassen. Bei der Häufigkeit der Fälle erschien die Einführung des § 265 a trotz der Aufhebung des Analogieverbotes mit Recht geboten.

Es bedeutet auch keinen Widerspruch, wenn einerseits das Analogieverbot aufgehoben wird, und andererseits für einen Fall, der bisher nur deshalb straflos geblieben ist, weil das Analogieverbot bestand, jetzt ein Tatbestand fest umschrieben wird.[6])

Das Bestreben des Gesetzgebers wird es sicher immer sein müssen, seine Gesetze bei aller Prägnanz und Kürze doch so zu fassen, daß schon ganz spezialisierte Sonderfälle nicht der Beurteilung nach der Analogieanwendung zufallen; denn

> „das Gesetz ist als Führerbefehl der vornehmste und sicherste, außerhalb aller Anzweiflung gestellte Ausdruck der Forderung des völkischen Gewissens".[7])

Bliebe die Bestrafung der Erschleichung entgeltlicher Leistungen der Analogie vorbehalten, so könnte es leicht sein, daß dieser an sich schon genau festgelegte Tatbestand heute hier so und morgen woanders vielleicht überhaupt nicht bestraft wird. Abgesehen von allen anderen Gesichtspunkten liegt es auch im Interesse einer einheitlichen und sicheren Rechtsprechung, einen derart häufigen Fall, wie den der Erschleichung entgeltlicher Leistungen, nicht der Analogieanwendung zu überlassen.

---

[4]) Vgl. Leopold Schäfer D. J. 1935 S. 997; Karl Schäfer J. W. 1935 S. 2482; Dr. W. Becker J. W. 1935 S. 2939.

[5]) R. G. E. 70/362.

[6]) Ebenso Carl Schmitt in DJZ 1935/924.

[7]) Freisler im Jahrbuch des deutschen Rechts 1935 S. 523.

Eine analoge Anwendung des § 263 wäre zwar für weitaus die meisten Fälle der Erschleichung entgeltlicher Leistungen jetzt wohl möglich. § 265 a stellt aber eine vom Gesetzgeber selbst vorgenommene Analogie zur Ausfüllung einer Gesetzeslücke dar.[8])

Der Gesetzgeber hat mit Bewußtsein eine Gesetzeslücke ausgefüllt, da ihm bei der Häufigkeit der Fälle der Erschleichung entgeltlicher Leistungen eine analoge Anwendung anderer Strafvorschriften auf die Dauer nicht genügen konnte.

V. Geschichte des § 265 a.

Schon in dem Entwurf zu einem neuen Strafgesetzbuch von 1925 finden wir eine dem heutigen § 265 a ähnlich lautende Vorschrift in dem § 313, der lautet:

„Wer die Beförderung durch eine Verkehrsanstalt, den Zutritt zu einer Veranstaltung oder Einrichtung oder die Leistung eines Automaten erschleicht, ohne das dafür festgesetzte Entgelt zu entrichten, wird mit Gefängnis bis zu 1 Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.

Der Versuch ist strafbar.

Die Tat wird nur mit Zustimmung des Verletzten verfolgt.

In besonders leichten Fällen kann das Gericht von Strafe absehen."

Diese Gesetzesvorschrift hätte sich, wie wir unten noch sehen werden, in einem Punkte wesentlich von der heutigen Vorschrift des § 265 a unterschieden, da sie eine Sondervorschrift gewesen wäre, die eine Anwendung der Strafdrohung wegen Betruges oder Diebstahles ausgeschlossen hätte. § 313 des Entwurfes stellte einen eigenen Tatbestand der Erschleichung entgeltlicher Leistungen auf, der eine unter Umständen strengere Bestrafung dieses Deliktes nach anderen Gesichtspunkten unmöglich gemacht hätte.

Es ist dies in der amtlichen Begründung des Entwurfes auch klar ausgesprochen, wenn es heißt:

---

[8]) Ebenso Olshausen-Nachtrag, a. a. O., S. 247.

„Diese Sondervorschrift schließt die Anwendung der Strafdrohung wegen Betruges aus; auch wer beispielsweise dem Straßenbahnschaffner auf seine Frage wahrheitswidrig erklärt, er habe das Fahrgeld schon bezahlt, kann nur aus § 313, nicht wegen Betruges bestraft werden. Die Ansicht, daß der sogenannte Automatenbetrug u. U. den Tatbestand des Diebstahls erfüllt, ist künftig ausgeschlossen; stellt man eine besondere Strafandrohung gegen den Automatenbetrug auf, so kann man nicht davon die wichtigsten Fälle ausnehmen."

Die Strafandrohung des § 313 des Entwurfes stellt eine „lex specialis" dar, gegenüber der allgemeinen Vorschrift des § 263. Der Vorrang des § 313 des Entwurfes vor dem des § 263 StGB beruht auf logischem Grunde, denn „lex specialis derogat legi generali". Es können zwar sämtliche Tatbestandsmerkmale des Betruges (lex generalis) in dem besonderen Tatbestand der Erschleichung entgeltlicher Leistungen (lex specialis) enthalten sein, die weiteren besonderen Merkmale (Beförderung durch eine Verkehrsanstalt, Zutritt zu einer Veranstaltung oder Einrichtung, oder Leistung eines Automaten) begründen aber den Vorrang der „lex specialis" vor der „lex generalis".[9])

Der § 313 des Entwurfes sollte keinen subsidiären Charakter haben, er brachte daher in Absatz 2 die Bestimmung, daß die Tat nur mit Zustimmung des Verletzten verfolgt werden sollte und in Absatz 3 die Bestimmung, daß das Gericht in besonders leichten Fällen von Strafe absehen könne, um unbillige Ergebnisse zu vermeiden, die dadurch entstanden wären, daß der Täter für das an sich leichtere Vergehen nach § 313 des Entwurfes schwerer bestraft würde als für einen ähnlichen Fall des Betruges.

Der Entwurf von 1927 hatte in § 347 eine Bestrafung der Erschleichung entgeltlicher Leistungen vorgesehen, der lautet:

„Wer abgesehen von den Fällen des Betruges, die Beförderung durch ein Verkehrsmittel, den Zutritt zu einer Veranstaltung oder Einrichtung oder die Leistung eines Automaten erschleicht ohne das Entgelt zu entrichten, wird mit Gefängnis bis zu 1 Jahr oder mit Geldstrafe bestraft."

---

[9]) Vgl. Mezger, a. a. O., S. 472/473.

Absatz II, III und IV hatten denselben Wortlaut wie Absatz II, III und IV des § 313 des Entwurfes von 1925. Der Hauptunterschied in der Strafandrohung für die Erschleichung entgeltlicher Leistungen in den beiden Entwürfen liegt wohl darin, daß die Vorschrift des Entwurfes von 1927 eine subsidiäre Stellung gegenüber dem Betrug erhält, daß aber der sogenannte Automatenbetrug, der den Tatbestand des Diebstahls erfüllt, nicht wegen Diebstahls, sondern nur nach § 347 bestraft werden sollte; darin stimmen die beiden Entwurfsvorschriften überein. Die amtliche Begründung zu dem § 347 des Entwurfes von 1927 schreibt:

> „Dagegen ist die Ansicht, daß der sogenannte Automatenbetrug u. U. den Tatbestand des Diebstahls erfüllt, künftig ausgeschlossen; stellt man eine besondere Strafdrohung gegen den Automatenbetrug auf, so kann man nicht davon die wichtigsten Fälle ausnehmen."

Abgesehen von den Fällen, in denen sich die Erschleichung entgeltlicher Leistungen als Betrug darstellt, gilt für den § 347 des Entwurfes von 1927 dasselbe, was schon oben für den § 313 des Entwurfes von 1925 ausgeführt wurde.

> „Das Bedürfnis nach sofortiger Einführung des Tatbestandes (des § 265 a, der Verf.) ist besonders hervorgetreten durch das sogenannte Fernsprechautomatenurteil des Reichsgerichts vom 18. Dez. 1933."[10])

Das Reichsgericht hat in diesem Urteil den Standpunkt vertreten, daß der Mißbrauch von Münzfernsprechern durch Einwerfen von ungültigen Münzen oder Metallplättchen nicht als Betrug bestraft werden könne, wenn die Fernsprechverbindung ohne Vermittlung eines Beamten, also nur auf automatischem Wege hergestellt wird. In diesem Falle wird nämlich im Gegensatz dazu, wenn die Verbindung erst durch das Tätigwerden eines Beamten entsteht, niemand getäuscht und es kann daher kein Betrug angenommen werden. Ebenso hat es das Reichsgericht abgelehnt, dieses Erschleichen der Leistung eines Münzfernsprechers aus dem Elektrizitätsdiebstahlsgesetz vom 9. April 1900 zu bestrafen. Nach § 1 dieses Gesetzes wird bestraft, wer einer elektrischen Anlage oder Einrichtung fremde elektrische Arbeit mittels eines Leiters entzieht, der nicht zur ordnungsmäßigen Entnahme von Arbeit aus der Anlage bestimmt ist. Das Reichsgericht hat in E 68/65 die Ansicht vertreten, daß in den Fällen der

---

[10]) So amtliche Begründung zu § 265 a.

Erschleichung der Leistung eines Fernsprechautomaten die Erschleichung nicht „mittels eines Leiters" entzogen würde, da das Geldstück nicht als stromleitender Bestandteil, sondern nur durch sein Gewicht wirke. Diese Auffassung des Reichsgerichtes hat schon damals sehr befremdend gewirkt und ihr ist auch meiner Ansicht nach nicht beizupflichten, denn „Leiter" im Sinne dieses Gesetzes ist das wirksame Zusammenwirken von Münzfühlhebel + Münze + Nummernscheibe.

Ministerialrat Dr. Neugebauer hatte zu dem Urteil folgendermaßen Stellung genommen:

> „Bei eingehenderem technischen Eindringen in den Sinn und Geist des Gesetzes von 1900 sowie in die technische Einrichtung und Arbeitsweise des Münzfernsprechers hätte das Reichsgericht zur Anwendung des Gesetzes von 1900 kommen müssen."[11])

Dieses Reichsgerichtsurteil ist damals lebhaft erörtert worden und die Freisprechung mochte für viele, die sich bisher noch irgendwie gehemmt fühlten, ein Lockmittel sein, auf diese nicht strafbare und billige Art ihre Telefongespräche zu erledigen. Da aus der erfolgten Freisprechung also die Gefahr einer weiteren Steigerung des Automatenmißbrauches drohte, wollte der Gesetzgeber mit der Einführung des neuen Tatbestandes nicht mehr länger zuwarten, wie er selbst in der amtlichen Begründung zu dem § 265 a zugibt.

VI. Subsidiäre Stellung des § 265 a.

Rein äußerlich schon ist der § 265 a in den XXII. Abschnitt des StGB eingereiht unter Betrug und Untreue, aber auch nach dem Aufbau des Tatbestandes wie des Strafrahmens ist das Vergehen des § 265 a eine mildere Abart des Betruges.[12]) Es ist also kein Betrug, auch keine Sonderart des Betruges, sondern nur eine dem Betrug ähnliche Straftat.[13])

Im § 265 a heißt es, daß die Tat, soweit sie nicht nach anderen Gesetzesvorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist, mit Gefängnis bis zu

---

11) Min.-Rat Dr. Neugebauer in J. W. 1934 S. 2826.
12) Vgl. Frank, a. a. O. zu § 265 a.
13) Vgl. Olshausen, a. a. O. zu § 265 a.

einem Jahre oder mit Geldstrafe bestraft wird. Der subsidiäre Tatbestand des § 265 a ist erst dann zu prüfen, wenn sich ergeben hat, daß der Täter nicht schon nach anderen Gesetzesvorschriften eine höhere Strafe verwirkt hat. Dr. K. Schäfer steht ebenfalls auf dem Standpunkt, daß § 265 a gegenüber der Strafdrohung gegen Betrug und Diebstahl nur subsidiären Charakter hat.[14])

Stellt sich das Erschleichen als Täuschung einer Person dar, dann ist der Täter wegen Betrugs zu bestrafen, in gleicher Weise wegen Diebstahls, wenn nach bisheriger Rechtsprechung ein Diebstahl vorliegen würde (bei Warenautomaten).

§ 265 a unterscheidet sich dadurch ganz wesentlich von den Tatbeständen, die in den beiden Entwürfen vorgesehen waren. Der § 313 des 1925-Entwurfes sollte als „lex specialis" vor Betrug und Diebstahl primären Charakter haben, § 347 des 1927-Entwurfes sollte auf alle Erschleichungsfälle Anwendung finden, die nicht Betrügereien waren. Die Annahme von Betrug war in einem Falle (Entwurf 1925) gänzlich ausgeschlossen, die Annahme von Diebstahl in beiden.

Der Tatbestand des § 265 a nun soll nur dann Anwendung finden, wenn die Tat nicht nach anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist. Die Strafdrohung für Diebstahl und Betrug beträgt schlechthin Gefängnis, während sie für ein Vergehen nach § 265 a Gefängnis bis zu einem Jahre o d e r Geldstrafe ist.

Das Wertrangverhältnis des § 265 a zu den anderen Gesetzesvorschriften ist in der Fassung des Tatbestandes ganz klar ausgesprochen, es handelt sich demnach also um einen Fall der sogenannten ausdrücklichen Subsidiarität und es gilt daher der Satz

„lex primaria derogat legi subsidiariae".

Wenn auch das Vergehen nach § 265 a dem eines Betruges ähnlicher ist als dem des Diebstahls, so hat § 265 a aber doch sowohl gegenüber Betrug als auch Diebstahl subsidiären Charakter, da ein Vergehen nach § 265 a sowohl den Tatbestand des § 263 (bei der Handlung eines blinden Passagiers), als auch den Tatbestand des § 242 (bei einem Automatenmißbraucher) sehr nahe berührt.

---

14) JW 1935 S. 2482.

VII. § 265a und sein Verhältnis zu den §§ 247, 248a, 264a und 263 Absatz 5.

Geht man davon aus, daß § 265a gegenüber der Strafdrohung gegen Betrug und Diebstahl subsidiären Charakter hat, dann erhebt sich die Frage, ob die für den Betrug und den Diebstahl vorgesehenen leichteren Fälle auch bei § 265a Geltung haben sollen, ob sich also die Subsidiarität des § 265a auch auf diese erstreckt. Es wäre doch unbillig und in sich widerspruchsvoll, eine Handlung, falls sie sich als Betrug darstellen würde, nur auf Antrag verfolgen zu lassen, während der an sich mildere Fall des § 265a auch ohne Antrag verfolgt werden könnte, obwohl doch ein Vergehen nach § 265a eine mildere Beurteilung findet als eine solche nach § 263.

Die subsidiäre Stellung des § 265a besagt aber an sich nur, daß der Täter nach § 265a nur dann zu bestrafen ist, wenn er nach anderen Gesetzesvorschriften keine höhere Strafe verwirkt hat. Wie ist es aber dann, wenn der Täter nach den vorgehenden gesetzlichen Bestimmungen leichter, bzw. nur auf Antrag oder gar nicht zu bestrafen ist? Kurz gesagt, wenn das Gegenteil von der tatbestandlichen Bestimmung der Fall ist.

Zur besseren Erläuterung bringe ich kurz ein paar Beispiele. Nach § 247 ist der sogenannte Haus- und Familiendiebstahl nur auf Antrag zu verfolgen, ja bei Diebstahl von Verwandten aufsteigender Linie gegen Verwandte absteigender Linie und von Ehegatten gegeneinander sogar straflos; ebenso ist nach § 263 Absatz V ein Betrug gegen Angehörige, Vormünder oder Erzieher nur auf Antrag zu verfolgen. Wer aus Not geringwertige Gegenstände entwendet, wird nur mit Geldstrafe oder Gefängnis bis zu 3 Monaten bestraft, ebenso wie der, der sich oder einem Dritten aus Not geringwertige Gegenstände zum Schaden eines Anderen durch Täuschung verschafft (§§ 248a und 264a), wobei die Verfolgung auch nur auf Antrag eintritt und bei Vergehen gegen Verwandte absteigender Linie und Ehegatten Straflosigkeit eintritt.

Es könnte nun der leicht mögliche Fall eintreten, daß der Vater V sich heimlich Zutritt zu einer Veranstaltung seines Sohnes S, der Theaterbesitzer ist, erschleicht, ohne eine Kontrollperson zu täuschen. V hätte sich somit nach § 265a strafbar gemacht, während er, hätte er eine Person getäuscht, straflos geblieben wäre. (§ 264a Absatz 4).

Oder, der Zigarrenhändler Z hat vor seinem Laden einen Automaten aufgestellt, der seiner Kundschaft auch zur Nachtzeit ermöglichen soll, sich mit Rauchwaren zu versorgen. Der Sohn S des Z wirft nun in der Nacht Spielgeld in den Automaten, um so dessen Leistung zu erwirken und billig ein paar Zigaretten zu erhalten. S wird von einem zufällig des Weges kommenden Polizisten ertappt, der gegen S Anzeige erstattet. S wäre nun nach § 265 a zu bestrafen, während er, hätte er die Zigaretten im Laden entwendet, nur auf Antrag verfolgt werden dürfte.

Aus diesen Beispielen, die sich täglich des öfteren ereignen können, sieht man doch sofort, zu welch unsinnigen Ergebnissen es führen würde, wollte man den Tatbestand des § 265 a derart eng auffassen und nicht im Wege der entsprechenden Gesetzesanwendungen ein Antragserfordernis aufstellen und in bestimmten Fällen die Erschleichung überhaupt für straflos erklären.

§ 265 a ist klar umrissen und in seinen Grenzen bestimmt und es ist daher zu prüfen, ob die subsidiäre Stellung des § 265 a sich nur auf § 242 und § 263 bezieht oder auch auf die einzelnen Privilegierungstatbestände anzuwenden ist.

Meines Erachtens ist hier davon auszugehen, daß es nicht im Sinne des Gesetzgebers gelegen sein kann, eine an sich mildere Abart eines Vergehens schwerer bestrafen zu wollen, als das weitaus schwerere Delikt. Daß der Gesetzgeber bei der Abfassung des Tatbestandes als eines subsidiären daran gedacht hat, daß sowohl das Antragserfordernis gelten solle, wie auch die Tat in bestimmten Fällen straffrei bleiben solle, ergibt sich doch auch daraus, daß der Gesetzgeber im Gegensatz zu den vorgeschlagenen Tatbeständen der Entwürfe, die Absätze III und IV derselben nicht mit übernommen hat. Hätte der Gesetzgeber mit dem § 265 a eine „lex specialis" schaffen wollen, dann hätte er diese Bestimmungen beibehalten müssen, um unbillige Ergebnisse zu vermeiden. Gerade daraus aber, daß der Gesetzgeber diese Bestimmungen nicht mit übernommen hat, ist der Wille und die Ansicht des Gesetzgebers zu erkennen, daß es bei der Subsidiarität des Tatbestandes des § 265 a dieser Vorschriften gar nicht bedürfe, da eine entsprechende Anwendung derselben in der Subsidiarität mitbegründet liege.

„Aus der Subsidiarität des § 265 a gegenüber der Strafdrohung gegen Betrug und Diebstahl wird zu folgern sein, daß, soweit die Erschlei-

chung der Leistung den Tatbestand des § 242 oder des § 263 erfüllt, auch die Privilegierungen nach § 247, §§ 248 a, 264 a StGB anzuwenden sind" und des § 370 Ziffer 5, der von Schäfer übersehen wurde.[15])

Selbst das Reichsgericht steht in seiner Entscheidung Band 70, Seite 208 auf dem Standpunkt, daß die Sonderbestimmung des § 263 Absatz V über die Verfolgbarkeit des Betruges zwischen Ehegatten analog auf § 266 anzuwenden sei. Es heißt in der Entscheidung:

„Da der Gesetzgeber bei der Neufassung der Bestimmungen über die Untreue die besonderen Bestimmungen über die Verfolgbarkeit des Betruges zwischen Ehegatten hat bestehen lassen und da die Gründe für diese Besonderheit auf die Untreue auf dieselbe Weise zutreffen wie auf den Betrug, muß es als sein Wille angesehen werden, daß Verfehlungen unter Ehegatten gegeneinander auch unter dem Gesichtspunkte der Untreue nur auf Antrag des verletzten Ehegatten verfolgt werden dürfen."

Wenn man schon auf die Verfolgbarkeit der Untreue die Sonderbestimmungen des Betruges Anwendung finden läßt, um wie viel mehr müssen sie aber dann Anwendung finden auf die Verfolgbarkeit der Erschleichung entgeltlicher Leistungen.

Da wir es bei § 265 a mit einem Fall der sogenannten ausdrücklichen Subsidiarität zu tun haben, entspricht eine Vorschrift, daß die Erschleichung entgeltlicher Leistungen unter Angehörigen nur auf Antrag verfolgt werden soll, dem mutmaßlichen Willen des Gesetzgebers. Sollen diese Sonderbestimmungen doch schon auf die Untreue Anwendung finden, die mit dem Betrug meist nur ähnlich gelagert ist, sich aber mit ihm nicht berührt, während die Erschleichung entgeltlicher Leistungen doch einen ausgesprochen subsidiären Charakter trägt und auf sie dann doch ohne weiteres diese Bestimmungen Anwendung finden müssen.

„Es wäre unverständlich, wenn ein besonders schwerer Fall des Betruges gegen Angehörige nur auf Antrag verfolgt werden dürfte, während die leichtere Art des § 265 a auch ohne Antrag zu verfolgen wäre."[16])

---

[15]) Dr. K. Schäfer in J. W. 1935 S. 2482.
[16]) Olshausen, a. a. O., Anm. 10 zu § 265 a.

Auf demselben Standpunkt steht auch die herrschende Lehrmeinung.[17]) und [18])

Der subsidiäre Charakter des § 265 a schließt es in sich, daß die Bestimmungen der §§ 247, 248 a, 264 a, 263 Absatz V auch auf ihn Anwendung finden. Der Wille des Gesetzgebers geht doch dahin, durch § 265 a die Fälle der Erschleichung entgeltlicher Leistungen zu erfassen, die sonst überhaupt nicht oder nur im Wege der analogen Gesetzesanwendung bestraft werden können.

In den Fällen, in denen das Erschleichen einer Automatenleistung mit der Wegnahme einer Ware verbunden ist und einen Diebstahl gemäß § 242 darstellt, wird künftig auch eine Bestrafung wegen Diebstahls stattfinden, da die Tat nach § 242 mit einer schwereren Strafe bedroht ist.

In den Fällen, in denen der blinde Fahrgast wegen Täuschung einer Person wegen Betruges zu bestrafen ist, wird auch trotz des § 265 a nach § 263 bestraft werden da § 263 das Vergehen mit einer schwereren Strafe bedroht als § 265 a.

Die Fälle, die sich nur als eine Erschleichung entgeltlicher Leistungen nach § 265 a darstellen und die dann, wenn sie den Tatbestand des Diebstahls oder Betruges erfüllten, straflos wären oder nur auf Antrag verfolgt werden dürften, werden im Wege der entsprechenden Gesetzesanwendung jetzt bestraft werden müssen.

Wenn jemand sich in Vorsatzeinheit mehrmals den Zutritt verschafft, nur mit dem Unterschied, daß er, wenn es geht, unbemerkt eintritt, wenn dies nicht möglich ist, unter Täuschung des Kontrollbeamten, dann liegt nicht ein einziges Delikt, nämlich Betrug, vor, sondern verschiedene realkonkurrierende Delikte nach §§ 263, 265 a je in Fortsetzungszusammenhang. Es ist dies ebenso, wie wenn jemand z. B. sich den Bezug von Flaschenbier verschafft und zwar dadurch, daß er in wiederholten Fällen Betrug, in wiederholten Fällen Unterschlagung begeht.

Wenn jemand sich den Zutritt verschafft hat, ohne die Absicht nicht zahlen zu wollen, aber hernach die Pflicht zu zahlen erkennt, und die Leistung entgegennimmt, ohne sich zur Zahlung zu melden, so ist § 265 a anwendbar. Auf den ersten Blick ist man hiebei leicht geneigt § 265 a

---

[17]) Frank, a. a. O., Nachtrag zur 18. Aufl. S. 213.
[18]) Schwarz, a. a. O., Anm. 4 zu § 265 a.

abzulehnen, da ja von einer „Absicht" des Täters keine Rede sein könne. Der Täter hat aber doch von dem Moment ab, wo er die Pflicht zu bezahlen erkennt, die Leistung in der Absicht entgegengenommen, das Entgelt hiefür nicht zu bezahlen, er hat dabei mit seinem bloß passiven Verhalten den Tatbestand des Erschleichens erfüllt.

Genau so ist es, wenn der Täter ohne böse Absicht den Zutritt erlangt hat und sich nach Entgegennahme der Leistung den Austritt erschleicht, ohne der erkannten Zahlungspflicht Genüge zu leisten. Der Täter hat von dem Augenblick, da er die Zahlungpflicht kannte und trotzdem die Leistung entgegennahm, ohne zu zahlen, in der bösen Absicht gehandelt. Daß er sich dann den Austritt auch noch nach Empfangnahme der Leistung erschleicht, ist nur ein Zeichen von seiner bösen Absicht. Es ist zwar für den Austritt meist nichts zu bezahlen, besteht jedoch beim Austritt eine Zahlungspflicht, so ist dieselbe derjenigen beim Eintritt gleichzusetzen.

VIII. Strafbarer Versuch der Erschleichung entgeltlicher Leistungen.

Absatz II des § 265 a stellt den Versuch einer Erschleichung einer entgeltlichen Leistung unter Strafe. Es gelten hierfür die allgemeinen Vorschriften, wann ein Versuch vorliegt (§ 43 StGB). Soll ein strafbarer Versuch im Sinne des § 265 a gegeben sein, dann muß eine Handlung vorliegen, die der Verwirklichung eines Handlungsentschlusses dienen soll und objektiv auch schon eine Gefährdung darstellt, da sonst ein Mangel am Tatbestand und somit überhaupt kein Versuch vorliegen würde.

Es muß also eine auf die Erschleichung einer entgeltlichen Leistung gerichtete Handlung vorliegen, in der Absicht, das Entgelt für die Leistung nicht zu entrichten; denn sonst wäre kein Anfang der Ausführung gegeben. Ein Versuch liegt objektiv mit dem Beginn der Erschleichungshandlung vor, z. B. mit dem Einwerfen von Metallplättchen in einen Automaten, oder von falschem, geringwertigerem Gelde, um die Leistung des Automaten zu erschleichen, ohne daß das erstrebte Ziel erreicht wird.

Bei der Erschleichung einer Beförderung liegt Versuch vor, wenn der Täter z. B. bei der Bahn den abgesperrten Bahnsteig auf einem nicht dazu bestimmten Wege, etwa durch das Gitter für die Bahn- und Postbeamten, betritt, oder bei einem anderen, ohne weiteres zugänglichen Verkehrsmittel, mit dem Betreten desselben. Ebenso ist objektiv Versuch schon gegeben mit dem ordnungswidrigen Betreten eines Raumes zu einer Veranstaltung oder Einrichtung.

Alle diese Handlungen müssen aber der Verwirklichung des gefaßten Entschlusses dienen, die betreffende Leistung unentgeltlich zu erschleichen.

Ist der Versuch der Erschleichung einer entgeltlichen Leistung strafbar, dann muß es auch einen strafaufhebenden Rücktritt vom Versuch geben. Man unterscheidet ganz allgemein zwischen Rücktritt vom beendigten und Rücktritt vom unbeendigten Versuch.

Erforderlich für den Rücktritt vom unbeendigten Versuch ist einmal Freiwilligkeit des Rücktrittes, der Täter darf also nicht durch äußere, von seinem Willen unabhängige Umstände an der Vollendung des Delikts gehindert worden sein, andererseits ist ein Aufgeben der beabsichtigten Handlung erforderlich.

Für den Rücktritt vom beendigten Versuch ist es notwendig, daß der Rücktritt zu einem Zeitpunkt erfolgt, wo die Tat noch nicht entdeckt war und daß der Täter den Erfolg seiner Handlung durch eigene Tätigkeit abwendet.

Es ist nun zu untersuchen, wann bei der Erschleichung entgeltlicher Leistungen beendigter und wann unbeendigter Versuch vorliegt und ob es überhaupt einen Rücktritt davon noch gibt. Beim beendigten Versuch hat der Täter alles auf seiner Seite Erforderliche getan, beim unbeendigten Versuch hat der Täter noch nicht alles auf seiner Seite Erforderliche getan.

Fälle des beendigten Versuches sind etwa folgende:

Der Täter wirft die Metallplättchen in den Automaten in der Absicht das Entgelt für die Leistung nicht zu entrichten, die Leistung des Automaten bleibt aber aus, sei es, weil der Automat defekt ist, sei es, weil er keine Ware mehr enthält.

Oder der Täter besteigt ein Verkehrsmittel in der Absicht, den Fahrpreis nicht zu bezahlen; dasselbe hat aber seine Fahrt eben beendet und wird nur mehr auf den Abstellplatz gefahren. Oder der Täter verschafft

sich den Zutritt zu einer Veranstaltung, in der Absicht, das Entgelt für dieselbe nicht zu entrichten, die Veranstaltung findet aber aus irgendwelchen anderen Gründen nicht statt.

Für die Abgrenzung des beendigten Versuches vom unbeendigten ist der Entschluß des Täters maßgebend (vergl. Mezger, a.a.O.). D. h. ob der Täter seinerseits alles zum Versuche Erforderliche getan hat, kann nur subjektiv gewertet werden.

Demnach läge ein unbeendigter Versuch vor, wenn ich bei den alten Beispielen bleibe, wenn der Täter die Leistung des Automaten noch nicht erlangt hat, weil er nach Einwurf der Metallplättchen davon Abstand genommen hat, den zur Auslösung der Leistung zu bedienenden Druckknopf einzudrücken.

Bei der Erschleichung der Beförderung durch ein Verkehrsmittel, wie bei der Erschleichung des Eintrittes zu einer Veranstaltung oder Einrichtung kann es nicht leicht einen unbeendigten Versuch geben, da der Versuch schon mit dem Betreten des Verkehrsmittels[19]), mit dem Betreten des Raumes der Einrichtung oder der Veranstaltung sogar das Delikt schon vollendet ist. Ein unbeendigter Versuch könnte höchstens vorliegen beim irregulären Betreten der Sperre in der Absicht, mit dem Zug zu fahren ohne den Fahrpreis zu entrichten, wenn der Täter dann aus eigenem Entschluß heraus den Zug doch nicht betritt, sondern die Sperre wieder verläßt. Hat er die Sperre aber mit einer Bahnsteigkarte betreten, in der Absicht, mit dem Zug zu fahren, und gibt er dieses sein Vorhaben wieder auf, dann würde ein versuchter Betrug vorliegen, da er den Kontrollbeamten über seine Absicht, mit dem Zug zu fahren, getäuscht hatte.

Bei den Fällen des beendigten Versuches ist selbstverständlich möglich, daß die Tat nicht entdeckt wird; den Erfolg durch eigene Tätigkeit abzuwenden, ist in all den Fällen oft nicht mehr möglich, da der Erfolg schon gegeben ist und meist nicht mehr vom Täter allein abgewendet werden kann.

Ein möglicher Fall ist etwa der folgende:

Wenn der Täter sich den Zutritt zum Wagen in der erforderlichen Absicht erschlichen hat, aber wieder aussteigt, ehe der Wagen sich in Bewegung setzt, so wendet der Täter damit den Erfolg durch eigene Tätigkeit ab, da er den Eintritt desselben, die Beförderung, verhindert.

---

[19]) Olshausen, a. a. O., Anm. 8 zu § 265 a.

Bei den wirklich möglichen Fällen des unbeendigten Versuches ist neben der Freiwilligkeit des Rücktritts das Aufgeben der beabsichtigten Handlung erforderlich, der bereits geschaffene Zustand darf nicht später zur Fortsetzung benützt werden, der Täter darf also nicht durch späteres Betätigen des Druckknopfes, vorausgesetzt, daß inzwischen niemand anderer den Automaten in Tätigkeit gesetzt hat, sich die Leistung desselben verschaffen.

Zusammenfassend ist daher zu sagen, daß es in den Fällen der Erschleichung entgeltlicher Leistungen einen straflosen Versuch im Sinne des § 46 Abs. I und II geben kann.

IX. Teilnahme an einem Vergehen nach § 265 a.

Bei einem Vergehen der Erschleichung entgeltlicher Leistungen kann es verschiedene Formen der Beteiligung geben, es kann eine Mehrheit von Personen daran beteiligt sein, strafbar ist aber immer nur der, der durch sein Handeln den Erfolg verursacht hat. Außer der Täterschaft unterscheiden wir noch die Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft, Anstiftung und Beihilfe.

Mittäterschaft ist das „bewußte und gewollte Zusammenwirken" (RGE 5/306) bei der Ausführung einer Straftat, wobei sich die Schuld eines jeden auf die Gesamttat beziehen muß.

Die Erschleichung einer entgeltlichen Leistung kann also nur im gegenseitigen Einverständnis der Täter begangen werden. Mittäter kann nur der sein, der durch sein Handeln den Erfolg mitverursacht hat, ohne daß sich dieses Handeln als Anstiftung oder Beihilfe darstellt. Der Erfolg einer Erschleichung entgeltlicher Leistungen liegt in dem Genuß der Leistung. Die Leistung eines Automaten kann in Mittäterschaft erschlichen werden, wenn sie durch Vornahme mehrerer Handlungen bewirkt wird, in bewußtem und gewolltem Zusammenwirken; z. B. A fertigt die Metallplättchen an für einen Automatenmißbrauch und B setzt mit den Plättchen den Automaten in Tätigkeit, wobei beide die Absicht haben, gemeinsam sich die Leistung des Automaten zu erschleichen, ohne das Entgelt dafür zu

entrichten. Hat aber A z. B. diese Absicht nicht, dann macht er sich der Beihilfe schuldig.

Die Beförderung durch ein Verkehrsmittel können mehrere Personen in Mittäterschaft nicht erschleichen, da durch das bewußte und gewollte Zusammenwirken sich jeder selbständig den Erfolg, nämlich die Beförderung für sich selbst sichert, es liegt hier nicht ein Erfolg vor, der einem gemeinschaftlichen Handeln entsprungen ist, sondern mehrere identische Erfolge, für jeden Täter ein eigener. Es kann allerdings jeder der Täter durch sein Handeln den Erfolg für den anderen verursacht haben, insoweit wird er aber nur der Beihilfe (hinsichtlich der Tat des anderen) sich schuldig gemacht haben, während er bei einem Zustandekommen des Erfolges der Beförderung für sich selbst schon Alleintäter wird.

Bei der Erschleichung des Zutritts zu einer Veranstaltung ist es ähnlich. A öffnet z. B. eine Hintertüre, während B obacht gibt, daß niemand dazwischen kommt und beide zusammen betreten dann den Raum der Veranstaltung. Hier ist auch das Handeln des A zu dem des B nur Beihilfe und umgekehrt.

Mittelbare Täterschaft ist nur bei der Erschleichung der Leistung eines Automaten möglich.[20])

Die Leistung eines Automaten kann der Täter sich dadurch verschaffen, daß er einen anderen als Werkzeug benützt, um durch dessen Handeln die Leistung bezw. die Ware zu erhalten. Eine Beförderung durch ein Verkehrsmittel oder der Zutritt zu einer Veranstaltung oder Einrichtung kann durch einen Dritten als Werkzeug nicht erschlichen werden, da der Erfolg bei den beiden Arten des Vergehens ein höchst persönlicher ist, der nicht darin bestehen kann, daß er einem Dritten zugute kommt.

> „Wer einen Unzurechnungsfähigen veranlaßt, als blinder Fahrgast zu reisen, hat die Beförderung nicht für sich erschlichen, er ‚erlangt' den Vorteil nicht, an ihm wird keine Leistung bewirkt."[21])

Anstiftung und Beihilfe zu einem Vergehen nach § 265 a sind ohne weiteres möglich und sie bieten keine weiteren Probleme (siehe oben!).

---

[20]) Ebenso Olshausen, a. a. O., § 265 a Anm. Nr. 6.
[21]) Olshausen, a. a. O., Anm. 6 zu § 265 a.

Geht man auf die verschiedenen Arten, in denen eine Erschleichung entgeltlicher Leistungen möglich sein kann, nicht näher ein, so kann man zusammenfassend wohl sagen, daß ein Vergehen nach § 265 a in jeder Teilnahmeform möglich ist.

X. Rückfall bei Vergehen nach § 265 a.

Im VI. und VII. Abschnitt dieser Abhandlung habe ich darzulegen versucht, daß der Hilfstatbestand des § 265 a nur einen subsidiären Charakter hat und daß auf Grund dieser Subsidiarität für ihn auch die Privilegierungstatbestände des Diebstahls und Betruges Anwendung finden müssen. Nun gibt es aber für diese beiden Vergehen besondere Rückfallbestimmungen in den §§ 244 und 264. Es ist daher zu untersuchen, ob ein Vergehen nach § 265 a im Falle seiner Verurteilung rückfallbegründend wirken kann.

> „Das Vergehen des § 265 a ist kein Betrug, es ist nur eine dem Betruge ähnliche Tat; eine Verurteilung nach § 265 a wirkt daher nicht rückfallbegründend."[22])

Die Privilegierungstatbestände der §§ 248 a und 264 b wirken auch nicht rückfallbegründend[23]), wollte man daher die Erschleichung entgeltlicher Leistung als einen privilegierten Betrug ansprechen, dann müßte dafür auch dasselbe erst recht gelten, wie bei den §§ 248 a und 264 a.

> „Vorstrafen aus §§ 248 a und 264 a begründen keine Rückfälle; vergl. RG.E. 47/145."[24])

Das Vergehen nach § 265 a ist ein leichteres als ein solches nach § 242 oder § 263, es ist daher milder zu beurteilen; der Tatbestand des § 265 a läßt ohnedies die Möglichkeit offen, eine Erschleichung entgeltlicher Leistungen, die in einer schwereren Weise als der tatbestandmäßigen des § 265 a, also als Betrug oder Diebstahl begangen wird, auch als solchen zu bestrafen. Es wäre sowohl unverständlich als auch unbillig, sollten die leichteren Vergehen nach § 265 a rückfallbegründend wirken. Das Reichs-

---

22) Olshausen, a. a. O., Anm. 11 zu § 265 a.
23) Olshausen, a. a. O., Anm. 1 zu § 264 a.
24) Köhler, a. a. O., S. 687.

gericht, wie auch die Lehrmeinung[25]), stehen auf dem Standpunkt, daß in den ähnlich gelagerten Fällen der §§ 248 a und 264 a eine Verurteilung aus denselben zur Begründung eines Rückfalles nicht ausreicht, dasselbe muß daher auch für ein Vergehen nach § 265 a Geltung haben.

Eine Verurteilung aus § 265 a wird daher nie rückfallbegründend wirken können.

XI. Erschleichung entgeltlicher Leistungen und Hausfriedensbruch.

Unter Hausfriedensbruch im Sinne des § 123 StGB versteht man:

„daß jemand in bestimmte Oertlichkeiten widerrechtlich eindringt oder daß er widerrechtlich darin verweilt."[26])

Diese Örtlichkeiten können sein: die Wohnung, die Geschäftsräume, befriedetes Besitztum eines anderen, oder abgeschlossene Räume, die zum öffentlichen Dienst oder Verkehr bestimmt sind. Abgesehen von den Fällen des Automatenmißbrauches wird die Erschleichung entgeltlicher Leistungen sich daher meist auch als Hausfriedensbruch darstellen.

Wer die Beförderung durch ein Verkehrsmittel oder den Zutritt zu einer Einrichtung oder Veranstaltung erschleicht, dringt meist widerrechtlich in Räume ein, die zum öffentlichen Dienst oder Verkehr bestimmt sind. Es muß sich also um allgemein zugängliche und baulich begrenzte Räume handeln. Der Raum kann nicht nur ein ruhender, sondern auch ein beweglicher sein (beim blinden Passagier). Widerrechtlich eindringen kann man nur, wenn das Eindringen in den Raum verboten ist, oder ein solches Verbot den Umständen nach anzunehmen ist; wenn dabei ein physisches Hindernis überwunden wird. Die Widerrechtlichkeit darf natürlich nicht ausgeschlossen sein. (Vgl. §§ 102, 103, 104 StPO; § 904 BGB.)

Der blinde Fahrgast erfüllt fast immer diese Tatbestandsmerkmale, da die Verkehrsmittel Räume im Sinne des § 123 darstellen. Diese Verkehrs-

---

[25]) Vgl. Olshausen, a. a. O., § 248 a N 3 b; Frank, a. a. O., § 248 a N I 3; v. Liszt S. 455.

[26]) Frank, a. a. O., § 123 I.

mittel dürfen nur gegen Entgelt benützt werden und ein Einschleichen in sie ist ein widerrechtliches Eindringen, da es gegen den Willen des Besitzers geschieht und beim Hausfriedensbruch als verletzt der Wille des Besitzers zu gelten hat.[27])

Genau so liegen die Dinge bei der Erschleichung des Zutritts zu einer Veranstaltung oder Einrichtung.

Ein Hausfriedensbruch kann aber nicht begangen werden, wenn das Verkehrsmittel mit geladenen Gästen eine Probefahrt macht, da es dann noch nicht zum öffentlichen Verkehr bestimmt ist und das Einschleichen in dasselbe kein Eindringen in die Geschäftsräume oder das befriedete Besitztum eines anderen ist. Eine Erschleichung entgeltlicher Leistungen liegt dann auch nicht vor, weil für die Leistung — Beförderung — kein Entgelt zu entrichten war. Bei Besichtigung einer Einrichtung vor geladenen Gästen kann derjenige, der sich widerrechtlich einschleicht, nicht nach § 265 a bestraft werden, da er ja nicht in der Absicht einschleicht, das Entgelt nicht zu entrichten, da die Besichtigung unentgeltlich ist, wohl aber nach § 123, da er in das befriedete Besitztum eines anderen widerrechtlich eindringt.

Liegt neben einem Vergehen nach § 265 a ein Hausfriedensbruch vor, sogar in der schweren Form des § 123/II, so ist der Täter nur wegen der Erschleichung einer entgeltlichen Leistung zu bestrafen, da nach anderen Gesetzesvorschriften nur zu bestrafen wäre, wenn sie diese Tat mit einer schwereren Strafe bedrohen würden. Ein Vergehen nach § 123 ist gegenüber § 265 a mit einer leichteren Strafe bedroht. In § 123 wird in erster Linie Geldstrafe angedroht, die nach § 29 I 2 in Haft umgewandelt werden kann, was bei § 265 a nicht möglich ist.

Verletzt die strafbare Handlung sowohl den § 123 als auch den § 265 a, so kommt nur § 265 a zur Anwendung, da er die schwerere Strafe androht (§ 73 StGB).

Außerdem ist noch Idealkonkurrenz möglich mit § 1 des Gesetzes betr. Entziehung elektrischer Arbeit (RGBl 1900 S. 228) und Gesetzeskonkurrenz mit §§ 242 u. 263 StGB. (Ebenso Schwarz a.a.O. Anm. 3 A u. B zu 265 a.)

Im deutschen RStGB gilt das Territorialitätsprinzip, das besagt, daß die Strafgesetze des Deutschen Reiches für alle Taten gelten, die als im

---

27) Frank, a. a. O., § 123 I.

Inland begangen anzusehen sind, ohne Rücksicht darauf, ob der Täter ein Inländer oder ein Ausländer ist. Wenn nun z. B. ein Deutscher oder ein Oesterreicher in Bregenz in einen Zug nach Lindau sich den Zutritt erschleicht, in der Absicht, das Entgelt nicht zu entrichten, so ist der Täter in Deutschland nach § 265 a zu bestrafen. Die Erschleichung des Zutritts ist zwar in Oesterreich geschehen, die Beförderung hat sich aber auch in Deutschland vollzogen. Nach der geltenden sog. gemischten Theorie ist aber eine Handlung überall dort begangen, wo eine zum Tatbestand gehörige Tätigkeit oder der Erfolg eintritt. Der Erfolg, die Beförderung, ist in Deutschland eingetreten, also ist der Täter nach § 265 a StGB zu bestrafen.

XII. Schluß: Zusammenfassung und Überblick.

In der amtlichen Begründung sind die Fälle alle genau aufgezählt, für die der Tatbestand des § 265 a geschaffen wurde:

1. für den sogenannten blinden Passagier;
2. für den Schwarzbesucher einer Einrichtung oder Veranstaltung;
3. für den Automatenmißbraucher.

Es darf daher angenommen werden, daß der Gesetzgeber mindestens bei Tatbeständen, die heute bekannt oder möglich sind, eine weitere Analogie nicht gewollt hat. Weitere Erschleichungsfälle analog § 265 a zu bestrafen „ist daher nicht zu billigen".[28]) Eine Erschleichung einer Gepäckbeförderung wäre daher nicht analog § 265 a zu bestrafen

Professor Dr. Dahm, Kiel, schreibt:

„Die Aufgabe des § (sc 265 a, der Verf.) kommt darin zum Audruck, daß diese Bestimmung als Hilfstatbestand ausgestaltet ist. Die Vorschrift soll nur dann Anwendung finden, wenn die Tat nicht nach anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist. Die Ausplünderung von Warenautomaten wäre demnach in Zukunft als Diebstahl, die Tat des blinden Passagiers bei Täuschung der Bahnbeamten als Betrug zu bestrafen. Das scheint auch richtig, wenn

[28]) Olshausen, a. a. O., Anm. 12 zu § 265 a.

man auch daran Kritik üben mag, daß so die oft schwierige Unterscheidung zwischen echten Betrugsfällen und Diebstahl auf der einen Seite und den Fällen des § (sc. 265 a) auf der anderen noch für die Zukunft Bedeutung behält."[29])

Mit diesen Worten, die eigentlich erst für das kommende deutsche Strafrecht gelten sollen, wurde Zweck und Inhalt des § 265 a, dessen Schaffung vor dem Erlaß eines neuen Strafgesetzbuches notwendig geworden war, scharf umrissen, seine Subsidiarität gekennzeichnet und seine Grenzen gezogen.

Abschließend will ich noch einen kurzen Blick über das deutsche Strafrecht hinaus werfen und die strafrechtliche Behandlung der Erschleichung entgeltlicher Leistungen in einigen außerdeutschen Staaten aufzeigen.

In Norwegen findet sich schon im allgemeinen bürgerlichen Strafgesetzbuch von 1902 ein eigener Tatbestand für die Erschleichung entgeltlicher Leistungen.

„Wer, ohne die festgesetzte Zahlung zu leisten, sich den Zutritt zu einer Vorstellung, Ausstellung oder Versammlung in geschlossenen Räumen oder zu einer Reise mit Schiff, Eisenbahn oder dergl. zu erschleichen sucht, oder wer dazu mitwirkt, wird mit Geldstrafe oder mit Gefängnis bis zu 3 Monaten bestraft." (403)

Die Verfolgung soll aber gemäß § 408 dieses Gesetzes nur auf Antrag erfolgen.

Auch Polen hat eine dem § 265 a ähnliche Bestimmung in sein Strafgesetzbuch von 1932 aufgenommen, den Artikel 265 desselben, der lautet:

„Wer sich ohne die Absicht, zu bezahlen, Speisen oder Getränke in einer Gastwirtschaft, Wohnung in einem Hotel, Wohnung oder Speisen in einem Pensionat, eine Fahrt mit der Bahn oder einem anderen Verkehrsmittel, den Eintritt zu einer Veranstaltung, die Funktion eines Automaten, oder eine ähnliche Leistung, von der er weiß, daß sie entgeltlich ist, erschwindelt, wird mit Haft bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft."

Die Strafgesetzbuchentwürfe der Schweiz von 1918 und der Tschechoslowakei von 1926 enthalten ähnliche Bestimmungen. In keinem weiteren

[29]) Gürtner, Das kommende deutsche Strafrecht, S. 353.

europäischen Staat dagegen hat bisher eine ähnliche Bestimmung im Strafgesetzbuche Aufnahme gefunden.

Die Vorschrift des § 265 a des deutschen StGB war zeitgemäß und notwendig und darf daher wohl als vorbildlich bezeichnet werden. Italien, das doch von jeher eine hochentwickelte Rechtswissenschaft besessen hat, läßt noch in seinem Strafgesetzbuch von 1931 eine ähnliche Bestimmung vermissen.

Der § 265 a hat eine empfindliche Lücke im deutschen Strafrecht geschlossen; durch ihn wurde ermöglicht, endlich die Fälle der Erschleichung entgeltlicher Leistungen zu erfassen und einer Bestrafung zuzuführen, die, nach den Grundsätzen der Strafrechtswissenschaft und nach allgemeinem Rechtsempfinden schon lange eine solche verdiente. (Der § 265 a.) Durch die Aufhebung des Analogieverbotes sind nun auch die Fälle noch faßbar und der Bestrafung zuzuführen, die trotz des Bestehens des § 265 a etwa nicht erfaßt werden könnten.

München, den 6. Juni 1937.

Philipp Held.